Department of Justice Canada | Ministère de la Justice Canada

# Disclosure Reform

## Consultation Paper

November 2004

Canada

## TABLE OF CONTENTS

**Introduction** .......... 1

**Background** .......... 3

**Facilitating Electronic Disclosure** .......... 6

**Disclosure Through Access** .......... 9

**Specialized Court Proceedings on Disclosure** .......... 13

**Detailed Disclosure-Management Procedures** .......... 16

**Addressing Improper Use of Disclosed Materials** .......... 18

**Further Ideas for Disclosure Reform** .......... 22

## INTRODUCTION

Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, an accused person is guaranteed the right to the disclosure of all relevant information in the possession or control of the Crown, with the exception of privileged information.

While the principle of disclosure is key to the proper functioning of our criminal justice system, the obligation can present significant challenges. The burden of managing large quantities of information can be considerable, especially in complex criminal matters, for both the Crown and the defence. Furthermore, disputes can arise over which information is relevant and over what fits within the categories of privileged information. Disputes over what information has to be disclosed, along with delays in transmitting it, can impede trials themselves, and sometimes result in proceedings being stayed due to unreasonable delay. A further area of concern is that information contained in the disclosed materials is sometimes misused.

On February 27, 2004, the Minister of Justice and Attorney General of Canada, Irwin Cotler, announced that he had asked Justice officials to develop proposals for amendments to more efficiently and effectively implement the Charter-mandated disclosure obligation. The announcement noted that amendments would be examined in the five following areas:

- facilitating the electronic disclosure of materials to the defence;
- reducing administrative burdens in disclosure by clarifying the core materials to be given to the defence, while ensuring the defence's right of access to all relevant information;
- setting up specialized court proceedings to provide a way for parties to deal expeditiously with all matters pertaining to disclosure, including relevance;
- establishing disclosure-management procedures that would clearly set out obligations relating to disclosure, including timelines;
- addressing any improper use of disclosed materials.

The Minister also announced that specific proposals would be put forward for consultations with the legal community and the general public.

This paper is intended to facilitate consultations on the proposed areas for disclosure reform that were set out in the February 27 announcement. For each area of potential reform, a basic statement of issues is provided, together with a description of the proposals to address these issues. This is followed, in each case, by a fuller discussion of how the proposals could work to improve disclosure. Potential challenges raised by the proposals are also discussed, along with possible alternative ways of framing them to address the underlying issues. At the end of each section, specific questions are posed about the legislative proposals.

You are invited to forward your comments by February 8, 2005, to the following address:

***Disclosure Reform Consultation***

Department of Justice Canada
Criminal Law Policy Section
284 Wellington Street
Ottawa, Ontario K1A 0H8

E-mail: disclosurereform@justice.gc.ca
Fax: (613) 942-9310

## BACKGROUND

It is a fundamental element of the fair and proper operation of the Canadian criminal justice system that an accused person has the right to the disclosure of all relevant information in the possession or control of the Crown, with the exception of privileged information. Relevance, in this context, has been found by the courts to mean that there is a reasonable possibility of the information being useful to the accused person in making full answer and defence. This right to disclosure flows from section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which provides that "everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice." The right to proper disclosure is recognized in particular under principles of fundamental justice as necessary to the accused person's ability to defend himself or herself against the charges that have been laid.

The main legal principles applying to the disclosure of information in criminal matters were set down by the Supreme Court of Canada in the landmark case of *R.* v. *Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. These rules have been elaborated and applied in numerous subsequent cases. Recently, in *R.* v. *Taillefer*; *R.* v. *Duguay*, [2003] 3 S.C.R. 307, Mr. Justice LeBel reiterated the key principles as follows:

> The rules may be summarized in a few statements. The Crown must disclose all relevant information to the accused, whether inculpatory or exculpatory, subject to the exercise of the Crown's discretion to refuse to disclose information that is privileged or plainly irrelevant. Relevance must be assessed in relation both to the charge itself and to the reasonably possible defences. The relevant information must be disclosed whether or not the Crown intends to introduce it in evidence, before election or plea.... Moreover, all statements obtained from persons who have provided relevant information to the authorities should be produced notwithstanding that they are not proposed as Crown witnesses..... [p. 334]

The obligation to disclose "relevant" information has been construed broadly by Canadian courts. This was recognized by Mr. Justice LeBel in *R.* v. *Taillefer*; *R.* v. *Duguay*, and he went on to comment:

> As the courts have defined it, the concept of relevance favours the disclosure of evidence. Little information will be exempt from the duty that is imposed on the prosecution to disclose evidence. As this Court said in *Dixon, supra*, "the threshold requirement for disclosure is set quite low.... The Crown's duty to disclose is therefore triggered whenever there is a reasonable possibility of the information being useful to the accused in making full answer and defence" (para. 21; see also *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at paras. 26-27). "While the Crown must err on the side of inclusion, it need not produce what is clearly irrelevant" (*Stinchcombe, supra*, at p. 339). [pp. 334-5]

The Crown's disclosure obligation can create significant challenges. Proper disclosure requires managing vast quantities of information within the justice system. The task is further complicated by the high degree of sensitivity that is attached to certain relevant information, including privacy concerns, the need to protect victims, witnesses and informants, and the need to protect national and international government confidences.

The challenges involved in managing the sheer volume of information are highlighted most clearly in large and complex cases. Such situations frequently arise, for example, in cases related to organized crime, due to the sophistication of the criminal activities involved, as well as the sophistication of the investigation techniques. These and other types of large and complex cases can result in an obligation to deal with vast quantities of documents and other pieces of information, such as sound and video recordings. Disclosure even in small and moderately sized cases can also be a challenge for the justice system, especially in view of the number of such proceedings, and some of the proposals for disclosure reform may be of assistance in such cases as well. Issues related to the sensitivity of information and the need to prevent misuse, for example, can be of concern regardless of the size of the case.

It is important to keep in mind that information relevant to a criminal matter begins to be generated from the moment an investigation is initiated. In large and complex investigations, such as those into suspected organized crime activity, the collection of information can begin years before any trial. Preparation for disclosure therefore needs to be considered early within the course of an investigation and prosecution. Disclosure itself should be made as soon as possible after charges are laid in order to allow the accused person to make informed decisions.

Disclosure, of course, is not just a matter for the Crown in preparing for trial, but also a key concern for police during an investigation: it is a matter of joint management by police and the Crown. Investigators and prosecutors are obliged to ensure that they are organized to meet their legal obligations for proper and timely disclosure. This has sometimes been a challenge, but it is one that the Canadian justice system has addressed and will continue to address. Steps being taken to improve disclosure management in various Canadian jurisdictions include: information management training, including working sessions and seminars for investigators and prosecutors; the development and sharing of best practices; the development of protocols for disclosure management; and closer direct cooperation between investigators and prosecutors, including assigning Crown counsel to provide advice on disclosure issues during investigations.

These improvements in the practical management of disclosure information do not mean that problems are not still encountered. Meeting the disclosure obligation, especially in large and complex cases, can impose considerable burdens in human resources and costs. Difficulties in ensuring proper disclosure have led to delayed trials, and even to proceedings being stayed. Disputes over what information should be disclosed, and about the timeliness and manner of disclosure, are not uncommon, and the need for

judicial resolution imposes additional costs on parties and the justice system as a whole; the result can be additional delays in having the merits of matters properly heard.

While continued improvements in the practical management of disclosure information are essential, legislative reforms may also be of assistance. Proposals for legislative reform in the area of disclosure are the focus of this consultation paper. However, it should be kept in mind that legislative reform alone cannot 'solve' the overall issue of disclosure. The disclosure obligation is a substantial one, and legislative amendments cannot eliminate the practical burden of fulfilling the obligation. The proposals discussed here seek ways to implement the Charter-mandated disclosure obligation more efficiently and effectively.

## FACILITATING ELECTRONIC DISCLOSURE

Electronic disclosure, in appropriate circumstances, can be of considerable assistance with the sheer physical challenge of disclosure. Although parties to complex proceedings are increasingly relying on electronic case management, there has not been clear acceptance within the criminal justice system of the electronic provision of disclosure materials as a sufficient form of disclosure in and of itself.

### Proposed Legislative Response

➢ **Legislative amendments could be made to provide that where the Crown transmits disclosure materials in electronic format, complying with specified standards, this is presumed to be a proper form of disclosure with respect to those materials unless a court, in the interests of justice, decides otherwise.**

### Discussion

Although electronic disclosure has not been firmly accepted within the criminal justice system, neither has it been rejected. Numerous cases have proceeded on the basis of electronic disclosure. Even where courts have indicated that this form of disclosure is not appropriate in a particular case, they have generally been careful not to categorically reject its possible use in other situations.

Clearly, electronic disclosure can play a role in the justice system. As advances continue to be made in technology, and as those involved in the justice system become increasingly comfortable with and reliant upon electronic document management, electronic disclosure may well become the principal means of disclosure. It may be time to address the practice of electronic disclosure in specific legislative provisions.[1]

The proposed legislative response could create a presumption in favour of electronic disclosure as an adequate form of disclosure. Such a presumption would not set out an *obligation* to provide electronic disclosure, but would make it clear that the option is generally available to the Crown. It is important to note that this presumption concerns the form of disclosure, not the contents. It would, of course, still be the responsibility of those preparing the disclosure package to ensure that the materials in the package – whether provided electronically or by hard copy – include all relevant information required under court rulings.

Electronic disclosure can offer substantial advantages. Electronic materials can be more portable and easier to store, as well as more accessible, especially through the extremely powerful tool of text search capability. However, it might also have disadvantages and pitfalls. Some fear in particular that electronic disclosure can take the form of a simple massive transfer of electronic files, without any inherent organization and without any easy capability to access and search the material. To be sure, lack of organization can

---

[1] Analogous legislative provisions already exist in related areas of law. For example, sections 31.1 to 31.8 of the *Canada Evidence Act* set out certain evidentiary provisions in respect of electronic documents.

also be a problem for hardcopy disclosure. Nevertheless, electronic disclosure may be especially susceptible to problems of usability when it is done poorly. For these reasons, the potential legislative amendment could specify factors for courts to consider in deciding whether electronic disclosure is adequate, such as the legibility of electronic documents, the ability to perform searches, and the question of the reasonable availability of technology to the defence – possibly including the costs of any specialized computer system requirements.

Of course, electronic disclosure is not a panacea for ensuring more effective and efficient disclosure. Not all documents are originally created and stored in electronic format, and a substantial amount of document scanning is necessary in many cases. Scanning can require considerable time and money, and can also lead to difficulties when the source material is not easily scanned or the scanning is improperly performed. Further, electronic document storage and retrieval technology provides its own complications, including problems of compatibility among different software. Special difficulties in accessing electronic technology may arise with respect to unrepresented and incarcerated accused persons.

While the proposed legislative change is suggested as a presumption, it could be argued that the circumstances that make electronic disclosure appropriate may vary from case to case. Electronic disclosure is not *always* the preferred or appropriate option. Further, it may be that the organizational and technological standards for electronic disclosure, although advancing, are not yet mature enough to make it advisable to create a presumption. An alternative might be legislative amendments to put electronic disclosure on a legislative foundation, but without specifying a presumption.

It could also be argued that there is actually no need for legislative amendments addressing electronic disclosure. Although electronic disclosure is not accepted in all cases within the criminal justice system, it appears to be gaining increased acceptance: the justice system is *already* evolving in its approach. Some may suggest that it is more appropriate to allow this evolution to continue, hand-in-hand with the evolution of technology and the level of comfort of those who work in the justice system. On the other hand, legislative amendments might accelerate the process by sending a message within the system that electronic disclosure is appropriate.

**Questions**

1. Is it appropriate to address electronic disclosure through legislative amendments, or should it be left to evolve through prosecution and defence practice and court decisions in individual cases?
2. If it is appropriate to address electronic disclosure by legislation, should the legislative amendments create a presumption in favour of this form of disclosure?
3. What legislative standards could be prescribed with respect to electronic disclosure?
4. What would be the cost implications of greater electronic disclosure? Who should bear the cost of any special computer system required by the defence to receive and use electronic disclosure?

## DISCLOSURE THROUGH ACCESS

The constitutional right of an accused person to disclosure has normally been fulfilled by the Crown furnishing copies of the material. Given the wide scope of the concept of "relevant information" and the sheer volume of material, especially in large and complex cases, this practice has often created a serious administrative burden for the police and the Crown in respect of copying and transmitting documents and other materials.

### Proposed Legislative Response

- **Without reducing the obligation to provide disclosure, legislative amendments could permit this obligation to be fulfilled, in appropriate circumstances, by providing the defence with reasonable access to disclosure materials and the opportunity to obtain copies.**

### Discussion

The common practice in criminal cases is for the Crown to provide copies of disclosure materials to the defence. However, the Ontario Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure and Resolution Discussion, chaired by the Honourable G. Arthur Martin, recognized in its 1993 report (the "Martin Report") that this practice might not be appropriate in every case:

> [I]n an unusually large or complex investigation, where the volume of material accumulated during the investigation makes the reproduction of all material that would normally be reproduced impractical, the Crown may, instead, provide the defence with a description or index of the material, and a reasonable opportunity to inspect it. If such a procedure for providing disclosure is used in a complex investigation, Crown counsel none the less must inform the defence of any information which Crown counsel is aware of and which is exculpatory or favourable to the accused in any other way.
>
> For example, in a child abduction case, there may be tens of thousands of fruitless inquires conducted and noted by investigators before the child is found. It cannot be said that these inquires are necessarily irrelevant, and, thus, they may all be properly subject to disclosure, even though only one, or two, or even none, of them might ultimately be useful to the defence. Likewise, in an extremely complex fraud investigation, the relevant documentation may fill many rooms: and, although all of the documentation is subject to disclosure on the basis that it is not clearly irrelevant, none the less there may be very little of it that is of direct assistance to the defence. In circumstances such as these, the Committee thinks it sufficient to provide the defence with a description or index of the materials in question, and permit such access to the material as is reasonable in all of the circumstances....

> Without in any way attempting to be exhaustive, access to disclosure materials that is reasonable in the circumstances of complex investigations will depend on such matters as the volume of the material, its sensitivity, the need to protect the integrity of the material, and the nature of the prosecution. Ultimately, access to the material must be guided by the purpose of disclosure, that is, to facilitate the right to make full answer and defence. [Martin Report, pp. 237-8]

As these comments indicate, it may not always be appropriate to fulfil the disclosure obligation by making and providing copies of materials. In appropriate circumstances, disclosure could take the form of offering a reasonable right of access to materials for which copies have not been provided. This right could be accompanied by a reasonable opportunity for the defence to obtain copies it selects from the materials accessed through this method.

Providing disclosure by means of access to information in the possession of the Crown, rather than providing copies, is already possible under current law. However, despite the comments in the Martin Report, it does not appear to have become a regular practice. Legislative amendments providing a firm statutory foundation for the practice, together with parameters for its use, might help encourage the development and use of this practice.

It is important to note that this disclosure-access proposal, like the proposal about electronic disclosure, deals only with the form of providing disclosure, not the extent and content of the materials that must be disclosed.

One possible structure for the amendments suggested under this proposal would be for the amendments to specify that the Crown may provide copies of defined core-disclosure materials[2], with the remainder of the disclosure to be provided by way of access to the other relevant materials. The core disclosure package suggested under such an approach likely would be extensive, comprising the main "Crown brief" materials. It could include such categories of information as the charge or charges; all statements from persons who have provided relevant information; all statements of the accused and co-accused; the criminal record of the accused and any co-accused; warrants and judicial authorizations; and police occurrence reports. It would also include any materials in the possession of the Crown that are exculpatory of the accused person, including those that could mitigate or negate the guilt of the accused or reduce his or her punishment.

Another manner of structuring such amendments might be to provide the Crown with a more general authority to provide disclosure through access, subject to the ability of a court to order otherwise. Alternatively, or in addition, amendments could define particular categories of materials that the Crown could *only* provide through disclosure access unless a court ordered otherwise. This could include materials which frequently are of little value, but are not "clearly irrelevant." It could also include materials that are

---

[2] This core-disclosure proposal was set out in the February 27, 2004, announcement. In this consultation paper, the proposal is put forward in more open terms as disclosure through access. A core-disclosure process may be one way of providing for such an approach, but it might not be the only way.

sensitive due to privacy or related concerns – for example, pornographic materials seized in the course of child pornography prosecutions.

It is likely that a disclosure-access mechanism would be of use mainly in large and complex cases, which frequently generate enormous volumes of materials that are subject to the disclosure obligation. In such cases, disclosure through access might be the fastest and most practical and effective means of managing disclosure of extended categories of information. It might also serve to reduce disputes about disclosure, since disputes often arise when it difficult to determine whether the information in a document meets the standard of relevance. If disclosing such materials would not require copying and furnishing vast quantities of additional documents, but would merely be a matter of granting access, the Crown might be less likely to contest certain disclosure requests, thus leading to fewer disputes.

A number of practical considerations arise, however, with respect to access to disclosure materials, notably the question of how the defence can meaningfully assess the information to which it is given access. Some level of categorization or other organization – such as a general index of categories of documents – would likely be required as guidance. Granting access to the additional disclosure materials and providing the means to obtain copies could raise further issues – special file rooms might have to be set aside and special arrangements made to allow physical access. Another area of special concern would be providing access to unrepresented accused, especially those who are incarcerated. And issues may arise on the degree to which Crown or police representatives should monitor access, particularly in view of the privacy required by the defence while engaged in review of documents.

It is also fair to question how well the disclosure-access approach would actually address the challenges inherent in disclosure. After all, the concept would not remove the obligation of collecting the wide array of relevant information, assessing it for privilege, and ensuring that all of the information is actually made available, in one way or another. Some might argue that the actual benefits such legislative amendments are likely to realize could be relatively small. In large and complex cases, the challenges of disclosure might best be addressed by effective use of electronic disclosure: more effective use of such disclosure might make the disclosure-access approach less worthwhile or even unnecessary.

Others might argue that, while providing only a small benefit in a relatively restricted category of cases, the disclosure-access concept actually risks complicating and slowing disclosure. For example, under a core disclosure approach, the practice of separating core and non-core materials could open up another ground for litigation over what materials must be included in the core materials. Disputes could also arise over the extent of defence requests to copies of additional materials. It is also possible that explicit legislative establishment of a procedure to obtain disclosure through access could extend the range of materials to which expectations of disclosure would arise.

However, the risks of additional complications should not be overemphasized. As with electronic disclosure, the use of this process would not be mandatory. The Crown could

therefore evaluate the risks and difficulties of proceeding by disclosure through access on a case-by-case basis, and restrict its use to those cases where it is deemed worthwhile. Even if that amounts to a relatively small percentage of cases, these generally would be large and complex cases, which is where the greatest disclosure difficulties arise and where the benefits may be substantial. For the defence, it may be argued that any risks or disadvantages may be minimal, since the required materials would still be disclosed – whether by providing copies or providing access – and the entire process would remain the subject of judicial scrutiny.

**Questions**

1. Would it be beneficial to proceed with legislative amendments that address disclosure through access?

2. If so, would it be best to use a core disclosure model, or would another model be preferable? If a core disclosure model is used, how should the extent of the core materials be defined?

3. What provisions could accompany the disclosure access proposal to minimize practical difficulties in implementation, such as issues of physical access to the materials and providing a means to obtain copies?

4. What implications could a disclosure access proposal have for costs?

## SPECIALIZED COURT PROCEEDINGS ON DISCLOSURE

Disputes over disclosure issues arise frequently in the criminal process. While informal resolution of such disputes is to be encouraged, it must be recognized that judicial rulings will often be required. Delays in obtaining a judicial determination on a disclosure matter are not uncommon. These delays may arise from inability to obtain early access to a court or from the nature of motions proceedings themselves.

### Proposed Legislative Response

➢ **Amendments providing for specialized court proceedings could allow disclosure motions to be heard in an expedited manner through quick access to a court and flexible proceedings before the court:**

- **expedited access could allow either the Crown or the defence to apply by notice of motion to an appropriate court, before a trial judge is appointed, for rulings on matters related to disclosure;**

- **flexible procedures could allow the court, on application from either party, to employ any manner of proceeding appropriate to the nature of the individual motion, the need to resolve the matter quickly, and any other interests of justice: specifically mentioned manners of proceeding could include proceedings by written submissions only, proceedings by oral submissions without supporting material or motion record, proceedings relying on affidavit or *viva voce* evidence, proceedings by telephone or video conference, proceedings in chambers, and *in camera* and *ex parte* proceedings.**

### Discussion

In some criminal proceedings, especially large and complex matters, considerable time can be spent dealing with motions to resolve disclosure issues. These motions typically are heard only by the trial judge, and it can take some time before this judge is appointed.[3] Further delays can result from the preparation for and hearing of disclosure motions using formal court procedures.

To address such challenges, special provisions could provide clear jurisdiction and parameters for proceedings, before a trial judge is appointed, that would allow parties to deal with all disclosure matters, including relevance, privilege, and the adequacy of the form of disclosure. Specific allowance for flexibility in proceeding could permit disclosure motions to be resolved quickly, providing the manner was appropriate to the particular motion and consistent with the interests of justice.

---

[3] A judge of a superior court other than a trial judge, exercising authority under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can resolve such issues where constitutional rights are at stake. See, for example, *R.* v. *Girimonte*, (1997), 12 C.R. (5th) 332 (Ont. C.A.); *R.* v. *Laporte* (1993), 84 C.C.C. (3d) 343 (Sask. C.A.); *R.* v. *Blencowe* (1997) 118 C.C.C. (3d) 529 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). However, this manner of proceeding is the exception, and there is some uncertainty about when it is appropriate.

For this concept to provide a benefit, the decision on disclosure likely would need to have essentially the same authority as one made by the trial judge. If not, the special procedure might serve only to complicate and extend disputes, since the motions could be re-litigated at trial. Therefore, disclosure orders made in this fashion likely should be vested with full authority, with only a limited right of review by the trial judge.

It might also be advisable to provide some legislative encouragement for the parties to use the early dispute resolution mechanism for disclosure issues, rather than simply waiting for appointment of the trial judge. For example, the amendments could require a trial judge, in considering any remedy sought with respect to disclosure, to consider whether the remedy could have been sought earlier through specialized court proceedings.

While early resolution of disputes in this manner may have advantages, it could be argued that the trial judge is in the best position to rule on disclosure motions by considering them in the full context of the case. The advantages of early resolution would have to be weighed against possible disadvantages of involving a judge other than the trial judge. It should be kept in mind, however, that the proposal could allow the trial judge a residual right of review. Further, the advantage of review by the trial judge may perhaps be overstated in respect of disclosure motions, which by their nature should be resolved some time before trial and tend to involve issues that do not necessarily require knowledge of the larger context of the case. It could even be argued that there would be positive advantages, in addition to early resolution, in having a judge other than the trial judge to hear them, since it might, for example, permit parties arguing a disclosure motion to provide a full factual context without fear of compromising positions at trial. (Similar considerations apply in the context of pre-trial conferences, where a judge other than the one assigned to the trial is able to engage in frank dialogue with counsel.)

This is not to suggest that it would necessarily be appropriate to resolve all disclosure disputes by specialized early court proceedings. The judge at the specialized disclosure proceedings arguably should retain discretion to rule that a matter should be reserved for resolution by the trial judge. (This would be in addition to the trial judge's limited right to review rulings from the specialized proceedings.) Also, these proposed specialized court proceedings would not affect or provide an alternative to special proceedings that are already provided at law, such as those dealing with personal information records governed by sections 278.1-278.91 of the *Criminal Code* or with information in respect of which notices are given or objections are made under sections 37-39 of the *Canada Evidence Act*.

Implementing specialized court proceedings on disclosure might present technical challenges. It may be difficult and unproductive to isolate procedural changes for resolving disclosure disputes from other pre-trial issues. Many questions may arise in this regard. Should the proposed procedural changes be expanded to apply to pre-trial issues in addition to disclosure? How should this procedure relate to case management and pre-trial conferences? What level of court should hear such proceedings? Should the same judge presumptively hear the multiple motions that can arise in a given criminal matter? Could disclosure motions be brought by third parties in certain instances, given

that disclosure rulings may sometimes involve the interests of such parties? Should disclosure motions be subject to interlocutory appeals?

Another challenge in implementing these procedural changes could be to accommodate regional differences in court practices. The proposed disclosure proceedings may present difficulties in smaller, rural, or northern communities, where there may not be flexibility of judicial resources to allow easily for the assignment of judges to be specially seized of disclosure matters. Some aspects of this proposal may therefore be better implemented through local rules of court, rather than *Criminal Code* amendments, in order to allow for regional variations in practice. The general matter of potential new rules of courts addressing disclosure is the subject of the next proposal in this consultation paper.

**Questions**

1. Would it be beneficial to proceed with amendments providing for specialized court proceedings to encourage early resolution of disclosure issues?
2. What level of court should hear such proceedings?
3. Should multiple disclosure motions in a given criminal matter presumptively be brought before the same judge?
4. Should such amendments be limited to large and complex cases?
5. Under what circumstances should a trial judge be able to reconsider the decisions rendered in specialized pre-trial proceedings?
6. Should such proceedings also be considered for pre-trial issues other than disclosure?
7. Should aspects of this proposal be reserved for local rules of court to allow for regional differences in court practice?

## DETAILED DISCLOSURE-MANAGEMENT PROCEDURES

Providing disclosure can be a time-consuming, multi-stage procedure, especially in large and complex criminal matters. Certain problems may arise from the lack of clear rules providing guidance on disclosure management, including roles and responsibilities, detailed format requirements, timelines, and other procedural matters.

### Proposed Legislative Response

- **A collaborative initiative could be undertaken to develop detailed model rules of court that would address disclosure-management issues. At their discretion, individual courts could adopt these rules under section 482 of the *Criminal Code*. Certain of these model rules could perhaps be established as uniform national rules under the specific authority of subsection 482(5) of the *Criminal Code*.**

### Discussion

The constitutional obligation of Crown disclosure has led to a need to manage a vast amount of information within the justice system. Various practices have been developed over the years to assist in fulfilling this obligation, but it might be of some benefit to attempt to clarify disclosure practices through a structure of rules. Such an approach was suggested, in part, by Sopinka J, in *Stinchcombe*:

> There are many details with respect to [the application of the general principles of disclosure] that remain to be worked out in the context of concrete situations. It would be neither possible nor appropriate to attempt to lay down precise rules here. Although the basic principles of disclosure will apply across the country, the details may vary from province to province and even within a province by reason of special local conditions and practices. It would, therefore, be useful if the under-utilized power conferred by s. 482 of the *Criminal Code* which empowers superior courts and courts of criminal jurisdiction to enact rules were employed to provide further details with respect to the procedural aspects of disclosure. [pp. 341-342]

Section 482 of the *Criminal Code* provides individual courts with a broad authority to make rules with respect to any prosecution, proceeding, action, or appeal within their jurisdictions. Rules made under this section are published in the *Canada Gazette*. Under subsection 482(5), the Governor in Council can provide for uniformity of rules, and any such uniform rules have authority as if enacted under the *Criminal Code*.

The initiative proposed here would be a collaborative effort of justice system experts to develop detailed *model* rules of court on disclosure. Certain of these model rules could perhaps be established as uniform national rules under subsection 482(5). Others could serve as general models for local rules of court, encouraging individual courts to develop similar rules, but allowing for variations depending on the court.

It is not clear, however, whether the development of such detailed disclosure-management rules would be a worthwhile or advantageous policy direction. Currently, disclosure-management procedures in many jurisdictions are already subject to guidelines, protocols and best practices manuals. It is not clear that further clarification through formal, detailed rules is what is required. Indeed, such rules may not be sufficiently flexible to meet the varied circumstances and types of materials that arise in different cases and might even become the source of further disputes and delays as parties litigate the rules and exceptions to them.

These are valid considerations, but there may nevertheless be areas of disclosure management where rules could provide advantages. A collaborative effort might be able to identify these areas and to develop model rules to respond to them.

**Questions**

1. Would it be beneficial to proceed with an initiative to develop detailed model disclosure-management rules to encourage the adoption of such rules under section 482 of the *Criminal Code*?
2. If so, on what areas of disclosure management should the rules focus?
3. Should any such initiative consider the development of uniform rules under subsection 482(5) of the *Criminal Code*?

## ADDRESSING IMPROPER USE OF DISCLOSED MATERIALS

In recent years, there have been some troubling instances of disclosed materials being misused. Misuse of disclosure information includes use of these materials to facilitate criminal activity, such as harassment and intimidation of witnesses. It also includes situations where sensitive private information about individuals, including victims of crime and third parties, is revealed.

### Proposed Legislative Response

➢ **Amendments could be made to the *Criminal Code* to:**

- **set out that all persons who receive disclosure information – including third parties – have a legal responsibility not to use it for improper or collateral purposes;**
- **set out an explicit power on the part of a court to make any order with respect to disclosure materials that it deems fit whether the materials are in the hands of counsel, the accused, or third parties: the order could be made in the interests of justice or to protect the privacy of those affected by the proceedings, but subject to the right of an accused person to make full answer and defence;**
- **create a targeted offence for misuse of disclosure material: the offence could address the use of such materials to help facilitate the commission of a criminal offence, as well as the use of disclosure material with the intention of violating any person's privacy.**

### Discussion

Disclosure materials can include information of considerable sensitivity, affecting both the interests of the public in fighting crime and the privacy interests of individuals, including victims and third parties. While criminal justice in Canada is a public process, this does not mean that all the underlying documentation is to be freely distributed in public. In particular, disclosure materials are not appropriately distributed in the public domain. As the Martin Report stated, "it is inappropriate for any counsel to give disclosure information to the public. Counsel would not be acting responsibly as an officer of the court if he or she did so."[4] Further, while it is the accused person's constitutional right to receive disclosure materials in order to make full answer and defence, this does not mean that these materials may be dealt with in an unrestricted manner as between counsel and the accused. The Martin Report makes recommendations on restrictions that should apply to the handling of the materials in this regard, stating, in

---

[4] Martin Report, recommendation 34, p. 179, cited with approval in, for example, *R.* v. *Lucas* (1996), 104 C.C.C. (3d) 550 (Sask. C.A.), affirmed by the Supreme Court of Canada without comment on this issue, [1998] 1 S.C.R. 439.

part, that "defence counsel should maintain custody or control over disclosure materials, so that copies of these materials are not improperly disseminated" (p. 179).

Nevertheless, disclosure materials have been used inappropriately in some cases. Third parties have been found in possession of such materials, possibly with the intention of garnering information that could lead to activities contrary to the interests of justice, such as harassing or threatening witnesses. Disclosure information has also found its way more generally into the public domain, whether in the possession of persons unconnected with the proceedings, posted anonymously in public places, or posted on the Internet. Distribution of materials in this manner may violate the privacy of victims, witnesses, and third parties.

Legislative amendments addressing the use of disclosure materials may help in establishing firmer rules and discouraging misuse. The focus of the amendments suggested here would be on clarifying duties in respect of disclosure materials and the powers of courts to enforce these obligations. It should be noted that undertakings and conditions, sometimes supported by court order, are already sought and received with respect to disclosure materials in some cases. However, this is not done consistently, and difficulties can arise if undertakings are refused by the defence, since some may argue that the refusal cannot interfere with the basic right of an accused person to disclosure. It might be better to address these issues through statutory rules that, without interfering with the obligation to provide disclosure, apply automatic legal obligations of proper use of disclosure materials. The approach could be akin to the implied undertaking rule that applies with respect to discovery information in civil proceedings, under which the obligations are deemed to go along with the transmittal of the information. The statutory provisions proposed here could also be accompanied by provisions addressing the power of courts to enforce these obligations.

While some might see such codification as doing no more than reciting obligations and powers that could be or should be already recognized in law, it may nonetheless help to clarify and extend duties and powers. Analogous codification in the civil context has taken place in some jurisdictions. For instance, Ontario's *Rules of Civil Procedure* provide: "All parties and their counsel are deemed to undertake not to use evidence or information to which this Rule applies for any purposes other than those of the proceeding in which the evidence was obtained" (Rule 30.1.01(3)).

Legislative amendments also could potentially encompass other, more detailed duties with respect to disclosure documents, such as duties with respect to counsel supervision of access by an accused and of proper storage and disposal of disclosure materials. Moreover, amendments could also include a power to seek a court order to vary the usual rules where the interests of justice or a broader public interest are at stake.

As well, the proposal could be accompanied by an offence targeting misuse of disclosure materials.[5] The offence could be defined in terms of the use of such materials to facilitate the commission of a criminal offence. While this definition might appear to duplicate underlying offences that could be charged, it could recognize that use of the disclosure material constitutes a separate wrong – one that would appropriately be subject to a separate, additional offence.

The disclosure offence might also be defined to apply to the use of disclosure material with the intention of violating a person's privacy. This aspect of the offence could recognize that disclosure material can contain sensitive private information, including information about victims and third parties. Even where such information is not misused to commit other offences under the *Criminal Code*, the violation of privacy itself constitutes a significant wrong, which could be addressed by this provision.

If such provisions on misuse of disclosure were to be enacted, it would be necessary to consider whether they should be subject to specific exemptions and defences. In particular, the offences, and any exemptions and specified defences, would have to be appropriately and carefully drafted to ensure that an accused person's ability to make full answer and defence is protected. Consideration could also be given to protecting good-faith use of the materials in the public interest beyond use by an accused to make full answer and defence.

---

[5] The federal government previously sought to address abuse of disclosure in Bill C-42 (1994), which proposed a new section 604 of the *Criminal Code* to create the offence of publication of disclosure material. The proposed new section read as follows:

> **604.** (1) Subject to subsections (2) and (3), the accused, counsel for the accused and every person acting on behalf of or under the direction of the accused or counsel for the accused shall not publish any material provided by the prosecutor for the purpose of permitting the accused to make full answer and defence.
> (2) A judge of the court before which the accused is to be tried may, where the accused shows reasonable cause, order that material referred to in subsection (1) may be published on the terms and conditions ordered by that judge.
> (3) Nothing in this section affects the right to publish information that is otherwise publicly available.
> (4) Every person who contravenes this section is guilty of an offence punishable on summary conviction.

This amendment was, however, rejected by the Senate Committee studying the Bill. Among the grounds on which the amendment was questioned in Committee proceedings was that it created an offence that was targeted, in part, at the criminal defence bar. Further, the concept of "publish" was not seen as being clear. It may be suggested, however, that an offence provision, such as that proposed in this consultation paper, could be narrowly and clearly targeted so as to avoid such objections.

**Questions**

1. Would it be beneficial to enact legislative provisions to address the obligations of those who receive disclosure documents and to address the power of courts to make an order in respect of these materials? If so, how should these obligations be framed?

2. Should any such amendments include a misuse of disclosure offence and, if so, what would the appropriate scope of such an offence be?

3. Should any provision be made for the use of disclosure materials beyond what is necessary to make full answer and defence in an individual case, such as use in a broader public interest?

## FURTHER IDEAS FOR LEGISLATIVE REFORM

The discussion in this document focuses on the five proposals announced on February 27, 2004. However, additional ideas for potential disclosure reform may also be worthy of consideration, whether in the context of the current reform initiative or of future possible legislative policy development. Therefore, in addition to your comments on the proposals discussed in this consultation paper, the Department of Justice Canada welcomes other proposals for reforming disclosure in criminal matters.

Ministère de la Justice
Canada

Department of Justice
Canada

# La réforme de la communication de la preuve

## Document de consultation

novembre 2004

Canada

# TABLE DES MATIÈRES

Introduction .......... 1

Contexte .......... 3

Faciliter la communication électronique de la preuve .......... 6

Le droit de consultation comme mode de communication de la preuve .......... 9

Instance judiciaire spécialisée en matière de communication de la preuve .......... 14

Une procédure de gestion de la communication de la preuve détaillée .......... 18

L'utilisation abusive des pièces communiquées .......... 20

Autres idées de réforme législative .......... 24

## INTRODUCTION

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'accusé le droit de se faire communiquer tous les renseignements pertinents en la possession ou sous le contrôle du ministère public, à l'exception des renseignements visés par le secret professionnel.

Le principe de communication de la preuve repose au coeur du bon fonctionnement de notre système de justice pénale; cependant, cette obligation peut poser des défis de taille. Gérer de grandes masses de renseignements peut constituer un fardeau considérable, surtout dans les affaires pénales complexes, à la fois pour le ministère public et pour la défense. En outre, des différends peuvent voir le jour relativement à la question de savoir quels renseignements sont pertinents, et ce qui est visé par les diverses catégories du secret professionnel. Les différends relatifs aux renseignements qui doivent être communiqués, ainsi que les délais de communication, peuvent nuire aux procès eux-mêmes, et ils aboutissent parfois à un sursis d'instance en conséquence d'une atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable. À l'occasion, il peut y avoir usage abusif des renseignements figurant dans les pièces communiquées, ce qui constitue une autre source de préoccupation.

Le 27 février 2004, le ministre de la Justice et procureur général du Canada, Irwin Cotler, a annoncé qu'il avait demandé aux fonctionnaires du ministère de la Justice d'élaborer des propositions de modifications législatives qui puissent permettre de mettre en œuvre de manière plus efficace l'obligation de communication de la preuve imposée par la Charte. Dans cette annonce, le Ministre a signalé que l'on examinerait les possibilités de modifications législatives dans cinq domaines suivants :

- faciliter la divulgation de l'information à la défense par voie électronique;
- réduire les fardeaux administratifs en matière de divulgation en cernant l'information essentielle à fournir à la défense, tout en assurant le respect du droit de la défense à l'accès à toute l'information pertinente;
- établir des procédures judiciaires spécialisées pour faire en sorte que les parties traitent rapidement toutes les questions liées à la divulgation, y compris celle de la pertinence;
- établir des procédures de gestion de la divulgation qui énonceraient clairement les obligations en matière de divulgation, y compris les échéanciers;
- traiter toute utilisation incorrecte de l'information divulguée.

Le Ministre a aussi fait savoir que certaines propositions seraient portées à l'attention des milieux juridiques et du grand public, que l'on veut consulter.

Le présent document vise à faciliter les consultations sur les domaines où il est proposé d'apporter des réformes en matière de communication de la preuve, selon l'annonce faite le 27 février 2004. Pour chaque domaine susceptible d'être visé par des réformes, un énoncé concis des questions qui se posent, ainsi qu'un aperçu des propositions en vue de les aborder, est donné. Dans chaque cas suivent des observations plus étoffées sur la manière dont ces propositions pourront améliorer concrètement le processus de communication de la preuve. Les défis que pourront éventuellement poser ces propositions sont aussi analysés, et il est proposé des conceptions de rechange en vue de

trouver les solutions aux problèmes sous-jacents. À la fin de chaque rubrique, des questions portant spécifiquement sur les propositions de nature législative sont posées.

Vous êtes invités à transmettre vos observations au plus tard le 8 février 2005 à l'adresse suivante :

***Consultation sur la réforme de la communication de la preuve***

Ministère de la Justice du Canada
Section de la politique en matière de droit pénal
284, rue Wellington
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

Courriel : reformedelapreuve@justice.gc.ca
Télécopie : (613) 942-9310

## CONTEXTE

Le droit de l'accusé de se faire communiquer tous les renseignements pertinents dont a possession ou a le contrôle le ministère public, à l'exception de ceux qui sont visés par le secret professionnel, constitue un élément fondamental du fonctionnement régulier et équitable du système de justice pénale canadien. À cet égard, la jurisprudence enseigne que sont pertinents les renseignements qui peuvent raisonnablement permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit à la communication de la preuve découle de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, selon lequel « chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Plus précisément, il est reconnu que la communication en bonne et due forme de la preuve est imposée par les principes de justice fondamentale, étant nécessaire pour que l'accusé puisse se défendre quand des accusations sont portées contre lui.

La Cour suprême du Canada a formulé les grands principes juridiques applicables à la communication de renseignements dans les affaires pénales dans l'arrêt de principe *R.* c. *Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Ces règles ont été étoffées et appliquées par la suite dans de nombreuses causes. Récemment, dans l'arrêt *R.* c. *Taillefer*; *R.* c. *Duguay*, [2003] 3 R.C.S. 307, le juge LeBel a rappelé les principes importants en ces termes :

> Ces règles se résument en quelques propositions. Le ministère public doit divulguer à l'accusé tous les renseignements pertinents, qu'ils soient inculpatoires ou disculpatoires, sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public de refuser de divulguer des renseignements privilégiés ou encore manifestement non pertinents. La pertinence s'apprécie tant à l'égard de l'accusation elle-même que des défenses raisonnablement possibles. Les renseignements pertinents doivent être divulgués, que le ministère public ait ou non l'intention de les produire en preuve et ce, avant que l'accusé n'ait été appelé à choisir son mode de procès ou à présenter son plaidoyer… En outre, toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge…[p. 334]

Les tribunaux canadiens ont interprété de manière large l'obligation de communiquer les renseignements « pertinents », comme l'a reconnu le juge LeBel dans l'arrêt *R.* c. *Taillefer*; *R.* c. *Duguay*, qui a aussi fait les observations suivantes :

> Tel que défini par la jurisprudence, ce concept de pertinence favorise la communication de la preuve. Peu de renseignements seront soustraits à l'obligation de communication de la preuve imposée à la poursuite. Comme l'affirmait notre Cour dans l'arrêt *Dixon*, précité, « le critère préliminaire fixé pour la communication [de la preuve] est fort peu élevé [...] L'obligation de divulguer du ministère public est donc déclenchée chaque fois qu'il y a une possibilité raisonnable que le renseignement soit utile à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière » (par. 21; voir également *R.* c. *Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 26-27). « Si le ministère public pèche, ce doit être par inclusion. Il n'est

> toutefois pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence » (*Stinchcombe*, précité, p. 339). [pp. 334 à 335]

L'obligation de communication de la preuve imposée au ministère public peut poser des difficultés de taille. Pour la respecter, il est nécessaire de gérer de grandes quantités de renseignements au sein du système judiciaire. La tâche est rendue encore plus complexe en raison du caractère très délicat de certains renseignements pertinents qui suscitent notamment des préoccupations en matière de protection de la vie privée, le besoin d'assurer la protection des victimes, des témoins et des informateurs, et le besoin de protéger les informations confidentielles émanant des gouvernements au Canada et à l'étranger.

Les défis que pose la gestion d'une quantité aussi considérable de renseignements prennent toute leur ampleur dans les affaires de grande envergure et complexes. Par exemple, de telles situations se produisent souvent dans les affaires de crime organisé, en raison du caractère complexe des activités criminelles en cause et des techniques d'enquête perfectionnées. Dans des affaires de grande envergure et complexes et dans d'autres dossiers de ce genre, le ministère public se voit obligé de traiter une masse considérable de documents et d'autres éléments d'information, comme des enregistrements sonores et vidéo. Même dans les dossiers de petite et moyenne envergure, la communication de la preuve peut poser des défis au système judiciaire, surtout eu égard au nombre d'instances de ce genre, et certaines des propositions de réforme en matière de communication de la preuve peuvent aussi être utiles dans ces affaires. Par exemple, les questions qui se rapportent au caractère délicat des renseignements en cause, et au besoin d'en prévenir l'utilisation abusive, sont préoccupantes, peu importe l'ampleur de l'affaire.

Il est important de garder à l'esprit que les renseignements pertinents aux affaires pénales commencent à être engendrés dès le début de l'enquête. Dans les enquêtes de grande envergure et complexes, comme celles où l'on soupçonne des activités de crime organisé, la cueillette des renseignements peut commencer des années avant le procès. Il faut donc commencer à songer à préparer la communication de la preuve dès les premiers stades de l'enquête et de la poursuite. La communication de la preuve en soi devrait avoir lieu dès que possible après que des accusations sont portées, afin de permettre à l'accusé de prendre des décisions éclairées.

Bien entendu, il n'y a pas que le ministère public qui soit concerné par la communication de la preuve dans la perspective de la préparation d'un procès; il s'agit également d'une préoccupation principale de la police au cours de l'enquête : elle doit la gérer conjointement avec le ministère public. Les enquêteurs de police et les poursuivants sont tenus de s'organiser afin de communiquer la preuve comme il se doit et en temps utile comme l'exige la loi. Il n'a pas toujours été facile de la faire, mais le système judiciaire canadien a su prendre les mesures nécessaires, et il continuera à le faire. Parmi les mesures prises en vue d'améliorer la gestion de la communication de la preuve, dans les différents ressorts provinciaux ou territoriaux, l'on compte les suivantes : organiser des séances de formation en gestion des renseignements, notamment des séances et des séminaires de travail pour les enquêteurs de la police et les poursuivants; élaborer et

échanger les meilleures pratiques; élaborer des protocoles de gestion de la communication de la preuve; et assurer une collaboration directe plus étroite entre enquêteurs et poursuivants, notamment en mandatant un procureur de la Couronne afin d'accorder des consultations sur les questions de communication de la preuve au cours des enquêtes.

Ces améliorations de la gestion pratique des renseignements à communiquer ne signifient pas que des problèmes ne font toutefois pas surface. Surtout dans les affaires de grande envergure et complexes, le respect de cette obligation peut se traduire par des fardeaux considérables au plan des ressources humaines et financières. Les difficultés de bonne communication de la preuve ont abouti à des procès retardés, et même parfois à un sursis d'instance. Les différends au sujet des renseignements devant être communiqués, et quant au moment et aux modalités de communication, surviennent plutôt fréquemment, et lorsque l'intervention judiciaire est nécessaire pour trancher les différends, elle impose des dépenses supplémentaires aux parties et à l'ensemble du système judiciaire; en fin de compte, l'audition en bonne et due forme des causes au fond peut s'en trouver retardée.

Il est essentiel de rechercher constamment d'autres améliorations des méthodes de gestion pratique de la communication de la preuve; cependant, les réformes législatives peuvent aussi être utiles. Les propositions de réforme législative dans le domaine de la communication de la preuve constituent le thème principal du présent document de consultation. Ceci dit, il faut garder à l'esprit que les réformes législatives ne pourront, à elles seules, « régler » de manière globale la question de la communication de la preuve. L'obligation de communication de la preuve est onéreuse, et les modifications législatives ne peuvent éliminer le fardeau concret qu'impose le respect de celle-ci. Avec les propositions qui sont analysées ici, on cherche des méthodes plus efficaces de mise en œuvre de l'obligation de communication de la preuve imposée par la Charte.

## FACILITER LA COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE DE LA PREUVE

Lorsque les circonstances le justifient, la communication électronique de la preuve peut être un outil d'une utilité considérable, ne fût-ce qu'à l'égard du défi que pose le processus de communication au plan matériel. Si les parties à des instances complexes ont de plus en plus recours à la gestion électronique de leurs dossiers, le système de justice pénale ne reconnaît pas sans équivoque que la communication électronique de pièces constitue en soi une forme suffisante de communication.

### Mesure législative proposée

- **Il serait possible d'apporter des modifications législatives créant la présomption selon laquelle la transmission par le ministère public des pièces à communiquer sur support électronique, si certaines normes déterminées sont respectées, constitue une communication en bonne et due forme de ces pièces, sauf si le tribunal en décide autrement dans l'intérêt de la justice.**

### Analyse

La communication électronique de la preuve n'a pas été catégoriquement acceptée par le système de justice pénale; ceci dit, il ne l'a pas rejetée non plus. Dans de nombreuses causes, on a procédé sur le fondement de ce mode de communication. Dans des cas particuliers, même lorsque les tribunaux ont signalé que cette forme de communication de la preuve n'était pas indiquée, en général, ils ont eu la prudence de ne pas rejeter d'emblée sa possible utilisation dans d'autres cas.

Il est clair que la communication électronique de la preuve peut jouer un rôle dans le système judiciaire. Avec les avancées de la technologie, et le fait que les intervenants du système judiciaire se sentent de plus en plus à l'aise avec la gestion électronique des pièces et qu'ils y ont recours de façon croissante, il est fort possible que la communication électronique devienne le mode principal de communication de la preuve. Le temps est peut-être venu d'encadrer la pratique en la matière par des dispositions législatives spécifiques[1].

Avec la mesure législative proposée, on pourrait créer une présomption en faveur de la communication électronique de la preuve comme forme convenable de communication. Une telle présomption ne constituerait pas une *obligation* de fournir une communication électronique de la preuve, mais indiquerait, de façon claire, que l'option est généralement offerte au ministère public. Il est important de signaler que cette présomption concerne le mode de la communication de la preuve, et non sa teneur. Bien entendu, les personnes préparant l'ensemble de pièces à communiquer seraient toujours tenues de s'assurer que

---

[1] Des dispositions législatives semblables existent déjà dans des domaines connexes du droit. Par exemple, les articles 31.1 à 31.8 de la *Loi sur la preuve au Canada* contiennent des règles de preuve concernant les documents électroniques.

les pièces qui y figurent – qu'elles soient fournies électroniquement ou sur support papier – comprennent tous les renseignements pertinents requis par un tribunal.

La communication électronique de la preuve peut offrir des avantages considérables. Les pièces électroniques sont plus faciles à manier et à stocker; elles sont aussi plus faciles à consulter, surtout au moyen de la fonction informatique de recherche, un outil très puissant. Cependant, elle pourrait aussi comporter des inconvénients et des dangers. Certains craignent, en particulier, que la communication électronique de la preuve puisse prendre la forme d'un simple transfert d'une grande masse de dossiers électroniques, sans système de classification et sans donner à l'utilisateur les moyens de consultation et de recherche suffisamment aisés des pièces. Il est certain que le manque d'organisation peut aussi poser problème si la preuve documentaire est communiquée sur support papier. Il n'en reste pas moins que la communication électronique de la preuve est plus susceptible de créer des problèmes en ce qui a trait à sa capacité d'utilisation lorsqu'elle est mal effectuée. Pour ces raisons, la modification législative envisagée pourrait préciser quels seraient les facteurs que devraient prendre en compte les tribunaux appelés à décider si la communication électronique de la preuve a été effectuée de manière satisfaisante, comme la lisibilité des pièces électroniques, la capacité de l'utilisateur de faire des recherches, et la mise à la disposition de la défense de la technologie raisonnablement nécessaire pour qu'elle puisse consulter les pièces – éventuellement les coûts à défrayer afin de se procurer des systèmes informatiques spécialisés.

Bien entendu, la communication électronique de la preuve n'est pas une panacée assurant un processus de communication plus efficace. Ce ne sont pas toutes les pièces qui sont, à l'origine, créées et stockées sur support électronique; dans de nombreux cas, il pourra être nécessaire de numériser un nombre considérable de pièces. La numérisation peut être très longue et coûteuse, et elle peut aussi être source de difficultés lorsque le processus de numérisation du document de départ est ardu, ou lorsque ce processus n'a pas été bien effectué. En outre, la technologie de stockage et de repérage des pièces électroniques a ses propres insuffisances, notamment des problèmes de compatibilité entre les différents logiciels. Les accusés en détention qui ne sont pas représentés par un avocat peuvent avoir des difficultés particulières pour obtenir la technologie électronique nécessaire.

S'il est proposé que la modification législative envisagée prenne la forme d'une présomption, il est possible de soutenir que les circonstances qui justifient la communication électronique de la preuve peuvent varier d'une affaire à l'autre. Ce mode de communication n'est pas *toujours* la formule indiquée ou à privilégier. En outre, il est possible que les normes organisationnelles et technologiques de la communication électronique de la preuve, même si elles sont en progrès constant, ne soient pas suffisamment évoluées pour que la création d'une présomption soit indiquée. Une solution de rechange pourrait consister en l'adoption de modifications législatives donnant un fondement législatif à la communication électronique de la preuve, sans créer spécifiquement de présomption.

Il est aussi possible de soutenir que des modifications législatives ayant trait à la communication électronique de la preuve ne sont pas, en fait, nécessaires. Si elle n'est pas acceptée dans tous les cas par le système de justice pénale, elle y reçoit de plus en

plus la faveur : le système de justice est *déjà* en pleine évolution dans son approche. D'aucuns peuvent être d'avis qu'il vaut mieux laisser cette évolution se poursuivre, de pair avec celle de la technologie et du niveau de satisfaction des intervenants du système judiciaire. Par contre, des modifications législatives pourraient faire accélérer le processus, car le législateur ferait bien comprendre aux intéressés que la communication électronique de la preuve est indiquée.

**Questions**

1. En matière de communication électronique de la preuve, est-il indiqué d'agir par la voie législative, ou faut-il laisser ce domaine évoluer en fonction de la pratique suivie par le ministère public et la défense, et des décisions judiciaires rendues au cas par cas?

2. Si la voie législative est indiquée, les modifications législatives devraient-elles créer une présomption en faveur de cette forme de communication de la preuve?

3. Quelles normes législatives pourrait-on adopter en ce qui a trait à la communication électronique de la preuve?

4. Quelles seraient les conséquences, au plan des coûts, d'un recours accru à la communication électronique de la preuve? Qui devra prendre en charge le coût d'un système informatique spécial dont aura besoin la défense pour recevoir et utiliser la communication électronique de la preuve?

## LE DROIT DE CONSULTATION COMME MODE DE COMMUNICATION DE LA PREUVE

Le ministère public, afin de s'acquitter de son obligation de communication de la preuve que garantit la Constitution à l'accusé, fournit normalement des copies des pièces pertinentes. Eu égard à la large portée de la notion de « renseignements pertinents », et à la grande masse de pièces, surtout dans les affaires de grande envergure et complexes, cette pratique a souvent imposé un lourd fardeau administratif à la police et au ministère public en ce qui a trait à la reproduction et à la transmission de documents et d'autres pièces.

### Mesure législative proposée

- **Sans réduire l'obligation de communication de la preuve, des modifications législatives pourraient permettre au ministère public de respecter cette obligation, lorsque les circonstances le justifient, en donnant à la défense un droit de consultation raisonnable des pièces à communiquer, et en assurant la possibilité d'en obtenir copie.**

### Analyse

Dans les causes pénales, la pratique couramment suivie veut que le ministère public fournisse à la défense copie des pièces à communiquer. Cependant, le Comité consultatif du procureur général sur le contrôle des accusations, la communication de la preuve et les discussions en vue d'un règlement du Procureur général de l'Ontario, que présidait l'honorable G. Arthur Martin, a reconnu dans son rapport de 1993 (le « rapport Martin ») que cette pratique pourrait ne pas être indiquée dans tous les cas :

> [TRADUCTION] Dans une enquête dont l'envergure et la complexité sont inhabituelles, où la quantité de pièces accumulées au cours de l'enquête rend la reproduction de l'ensemble de celles-ci, qui s'impose en principe, malaisée en pratique, le ministère public peut plutôt fournir à la défense une description ou un index des pièces, et prendre les dispositions raisonnables pour qu'elle puisse en prendre connaissance. Si une procédure de communication de la preuve de ce genre est suivie dans une enquête complexe, le procureur de la Couronne doit néanmoins informer la défense de renseignements dont il a connaissance qui sont disculpatoires, ou favorables, à l'accusé, de quelque manière que ce soit.
>
> Par exemple, dans une affaire d'enlèvement d'enfant, il peut y avoir des dizaines de milliers de questions restées sans réponse que les enquêteurs se sont posées et dont ils ont pris note avant que l'enfant ne soit retrouvé. Il est impossible de dire que ces questions n'ont forcément aucune pertinence; le ministère public peut donc être tenu de les communiquer intégralement, même s'il n'y en a qu'une ou deux, voire aucune, qui puissent être utiles à la défense en dernière analyse. De même, dans une enquête sur une affaire de fraude extrêmement complexe, les pièces pertinentes peuvent remplir de nombreuses salles : et, même si le ministère

public est tenu de communiquer l'ensemble de ces pièces au motif qu'elles ne sont pas manifestement sans pertinence, il est possible néanmoins que seule une toute petite partie d'entre elles soit directement utile à la défense. Dans les cas de ce genre, le Comité estime qu'il suffit de fournir à la défense une description ou un index des pièces en question, et d'autoriser la défense à les consulter en prenant des dispositions raisonnables en ce sens, eu égard l'ensemble des circonstances.

> Sans que l'on puisse tenter de s'exprimer de manière exhaustive, le caractère raisonnable des modalités de la consultation des pièces à communiquer dans les cas d'enquêtes complexes dépendra de facteurs comme la quantité des pièces, leur caractère délicat, la nécessité d'assurer le respect de l'intégrité de ces pièces, et le caractère de la poursuite. Finalement, le droit de consultation des pièces doit être guidé par la raison d'être de la communication de la preuve, qui est de faciliter l'exercice par l'accusé de son droit à une défense pleine et entière. [Rapport Martin, pp. 237 à 238]

Comme ces observations l'indiquent, il est possible qu'il ne soit pas toujours indiqué de respecter l'obligation de communication de la preuve en faisant et en fournissant des copies des pièces. Lorsque les circonstances le justifient, la communication de la preuve pourrait prendre la forme de dispositions donnant à la défense le droit de consulter dans des conditions raisonnables les pièces pour lesquelles des copies n'ont pas été fournies. Ce droit pourrait être assorti de la possibilité donnée à la défense d'obtenir des copies des pièces qu'elle choisit parmi celles auxquelles elle a eu accès par cette méthode.

Il est déjà possible, en vertu du droit en vigueur, de communiquer la preuve en donnant à la défense le droit de consulter les renseignements que possède le ministère public, plutôt que d'en donner copie. Cependant, en dépit des observations du rapport Martin, il ne semble pas que cette méthode soit suivie de manière régulière. L'adoption de modifications législatives lui donnant un solide fondement légal, et prévoyant les paramètres d'utilisation de celle-ci, pourrait contribuer à encourager la mise en valeur de cette méthode et le recours à celle-ci.

Il est important de signaler que cette proposition de donner à la défense un droit de consultation des pièces à communiquer, comme celle ayant trait à la communication électronique de la preuve, ne concerne que la forme du processus de communication de la preuve, et non la portée et la teneur des pièces à communiquer.

Les modifications législatives envisagées dans le cadre de cette proposition pourraient éventuellement être structurées de la manière suivante : le ministère public pourrait fournir à la défense des copies des pièces définies comme essentielles[2], et lui donner un

---

[2] C'était cette proposition de communication des pièces essentielles qui était énoncée dans l'annonce du 27 février 2004. Dans le présent document de consultation, cette proposition est formulée en termes plus ouverts : on parle de droit de consultation des pièces comme mode de communication de la preuve. Le processus de communication des pièces essentielles peut constituer une manière d'assurer une approche de ce genre, mais il est possible que ce ne soit pas la seule.

droit de consultation des autres pièces pertinentes. L'ensemble des pièces essentielles dont il est question ici conserverait une large portée, et il comprendrait les principales pièces du dossier du ministère public. Diverses catégories de renseignements y figureraient, notamment : la copie des accusations; toutes les déclarations des personnes qui ont fourni des renseignements pertinents; toutes les déclarations de l'accusé, et des coaccusés le cas échéant; le casier judiciaire de l'accusé et de tout coaccusé; une copie des mandats et des autorisations judiciaires; les rapports ou constats de la police. Il comprendrait aussi les pièces en possession du ministère public qui sont disculpatrices, notamment celles qui pourraient limiter la culpabilité de l'accusé, voire le disculper, ou réduire sa peine.

Il existe une autre possibilité : le ministère public pourrait se voir conférer le pouvoir plus général d'accorder à la défense un droit de consultation des pièces, sous réserve du pouvoir du tribunal d'en ordonner autrement. Subsidiairement, ou en complément, les modifications législatives pourraient définir certaines catégories de pièces qui, sauf si le tribunal en ordonne autrement, ne seraient communiquées par le ministère public *que* par l'exercice du droit de consultation. Il pourrait s'agir de pièces qui n'ont souvent que peu de valeur, mais qui ne sont pas « manifestement sans pertinence ». Il pourrait aussi s'agir de pièces qui sont de caractère délicat et soulèvent des préoccupations, notamment en matière de protection de la vie privée – dans le cas, par exemple, de pièces pornographiques saisies au cours de poursuites en matière d'infractions se rapportant à la pornographie juvénile.

Il est probable qu'on aurait recours à un mécanisme de consultation des pièces à communiquer essentiellement dans les affaires de grande envergure et complexes, qui produisent souvent des quantités énormes de pièces visées par l'obligation de communication de la preuve. Dans ces cas, le droit de consultation des pièces pourrait constituer la manière la plus rapide, la plus pratique et la plus efficace de gérer la communication de catégories élargies de renseignements. Il pourrait aussi servir à diminuer le nombre des différends relatifs à la communication de la preuve, car ils se produisent souvent lorsqu'il est difficile d'établir si les renseignements figurant dans un document respectent le critère de pertinence. Si la communication de pièces de ce genre n'exigeait pas la préparation de copies et la remise de grandes quantités de documents supplémentaires, autrement dit, s'il s'agissait simplement d'une question de droit de consultation des pièces, le ministère public serait moins susceptible de contester certaines requêtes en communication de la preuve, ce qui se traduirait par une diminution du nombre de différends.

Cependant, un certain nombre de considérations pratiques font surface en ce qui a trait à la consultation des pièces à communiquer, notamment la question de savoir comment la défense peut utilement évaluer les renseignements qu'elle elle a droit de consulter. Il est probable qu'un minimum de classification ou d'organisation – comme un index général des catégories de pièces – serait exigé pour guider l'utilisateur. Donner à la défense le droit de consulter les pièces à communiquer supplémentaires et lui donner les moyens d'en obtenir copie pourraient donner lieu à d'autres problèmes – le ministère public devrait éventuellement aménager des salles de consultation spéciales et prendre des dispositions spéciales permettant aux utilisateurs d'y avoir matériellement accès. Une

autre source éventuelle de préoccupation particulière est celle des dispositions à prendre pour les accusés qui ne sont pas représentés par un avocat, surtout ceux qui sont en détention. Des questions peuvent également se poser en ce qui concerne la mesure dans laquelle le ministère public ou les représentants de la police doivent contrôler l'accès des utilisateurs, particulièrement eu égard à la confidentialité dont a besoin la défense lorsqu'elle examine les pièces.

Il est juste aussi de se demander si le droit de consultation réglerait vraiment les difficultés intrinsèques au processus de communication de la preuve. Après tout, cette notion ne supprimerait pas l'obligation de rassembler la large gamme de renseignements pertinents, d'évaluer le caractère applicable du secret professionnel, et de faire en sorte que tous les renseignements soient concrètement rendus disponibles, d'une manière ou d'une autre. D'aucuns pourraient soutenir que les avantages réels qu'apporteraient les modifications législatives de ce genre pourraient, selon toute probabilité, être relativement faibles. Dans des affaires de grande envergure et complexes, la manière la plus efficace d'affronter les défis reliés à la communication de la preuve serait d'avoir recours à la voie électronique : le recours plus efficace à cette technique pourrait rendre l'approche du droit de consultation des pièces moins intéressante, voire inutile.

D'autres pourraient soutenir que, si la notion du droit de consultation des pièces n'offre qu'un avantage réduit pour une catégorie relativement restreinte d'affaires, il risque en fait de compliquer et de ralentir le processus de communication de la preuve. Par exemple, selon la méthode de la communication des pièces essentielles, la pratique consistant à séparer celles qui sont essentielles des autres pourrait devenir une seconde source de contentieux. Il pourrait aussi y avoir des différends sur la portée des demandes de la défense afin d'obtenir copie de pièces supplémentaires. Il est aussi possible que la création explicite, par le législateur, d'une procédure d'obtention de communication de la preuve en prévoyant un droit de consultation pourrait élargir l'éventail des pièces que la défense s'attendra à se faire communiquer.

Cependant, il ne faut pas exagérer les risques de complications supplémentaires. Comme pour la communication électronique de la preuve, le recours à ce processus ne serait pas obligatoire. Le ministère public pourrait donc évaluer au cas par cas les risques et les difficultés reliées au recours au droit de consultation des pièces, et restreindre son utilisation aux affaires pour lesquelles on estime qu'elle est avantageuse. Même s'il s'agit d'un pourcentage relativement faible de toutes les causes, il s'agirait en général d'affaires de grande envergure et complexes, et ce sont celles-ci qui donnent lieu aux plus grandes difficultés en ce qui a trait à la communication de la preuve et aux avantages les plus considérables. Pour la défense, on pourrait soutenir que les risques ou les inconvénients peuvent être minimes, car les pièces pertinentes seraient toujours divulguées – que ce soit par la remise de copies ou par l'exercice du droit de consultation – et l'ensemble du processus serait toujours soumis à la surveillance des tribunaux.

**Questions**

1. Serait-il avantageux d'adopter des modifications législatives prévoyant le droit de consultation des pièces comme mode de communication de la preuve?

2. Dans l'affirmative, la communication des pièces essentielles serait-il le meilleur modèle, ou un autre modèle serait-il préférable? Si ce modèle est adopté, comment faut-il définir la notion de « pièce essentielle »?

3. De quelles dispositions pourrait être assorti le droit de consultation des pièces proposé afin de minimiser les difficultés pratiques de mise en œuvre, comme les questions d'accès matériel aux pièces et la fourniture de moyens de faire des copies?

4. Quelle serait l'incidence du droit de consultation des pièces proposé au plan des coûts?

## INSTANCE JUDICIAIRE SPÉCIALISÉE EN MATIÈRE DE COMMUNICATION DE LA PREUVE

Il se produit souvent des différends au sujet des questions de communication de la preuve au cours du processus pénal. S'il faut encourager les parties à régler à l'amiable les différends de ce genre, il faut reconnaître que les tribunaux seront souvent appelés à statuer sur ceux-ci. Il n'est pas rare que les délais soient entraînés par la nécessité d'obtenir une décision judiciaire à l'égard d'une question portant sur la communication de la preuve. Ces lenteurs peuvent être dues au fait que les parties n'arrivent pas à saisir rapidement un tribunal, ou au caractère de la procédure suivie dans l'instruction des requêtes elles-mêmes.

### Mesure législative proposée

➢ **Avec des modifications prévoyant la création d'une instance judiciaire spécialisée, il serait possible de faire instruire les requêtes en communication de la preuve rapidement, car le tribunal pourrait être saisi rapidement, et il suivrait une procédure souple :**

- **Si le tribunal est rapidement saisi, le ministère public ou la défense pourrait, par avis de requête, demander au tribunal compétent, avant que soit désigné le juge du procès, de statuer sur les questions se rapportant à la communication de la preuve;**

- **Une procédure souple permettrait au tribunal, sur demande de l'une ou l'autre partie, de suivre toute méthode d'instruction indiquée en fonction du caractère de la requête, de son urgence et de l'intérêt de la justice : les méthodes d'instruction expressément prévues pourraient inclure le jugement sur pièces ou, au contraire, le simple débat judiciaire, sans pièces justificatives ni dossier de requête, ou le jugement sur affidavit ou sur témoignage oral seulement, ou l'instance par téléconférence ou vidéoconférence, la demande adressée au juge en son cabinet, l'instance à huis clos, et *ex parte*.**

### Analyse

Dans certaines instances pénales, surtout dans les affaires de grande envergure et complexes, les parties peuvent être très accaparées par les requêtes visant à régler les questions de communication de la preuve. Habituellement, ce n'est que le juge du procès qui entend ces requêtes, et il faut parfois attendre un certain temps pour que le juge soit désigné[3]. D'autres retards peuvent découler de la préparation et de l'audition des requêtes

---

[3] Le juge d'une cour supérieure autre qu'un juge du procès, qui exerce la compétence conférée par le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, peut statuer sur des questions de ce genre lorsque sont en jeu des droits garantis par la Constitution. Voir, par exemple, *R.* c. *Girimonte* (1997), 12 C.R. ($5^{th}$) 332 (C.A. Ont.); *R.* c. *Laporte* (1993), 84 C.C.C. (3d) 343 (C.A. Sask.); *R.* c. *Blencowe* (1997),

en communication de la preuve lorsque les parties suivent la procédure formelle des tribunaux.

Pour faire face à ces défis, des dispositions spéciales pourraient prévoir des règles claires ayant trait aux questions de compétence, et aux paramètres applicables à la procédure avant même que le juge du procès ne soit désigné, qui permettraient aux parties de régler toutes les questions ayant trait à la communication de la preuve, notamment celles de pertinence, du secret professionnel, et de suffisance des modalités de la communication de la preuve. S'il est prévu que les règles de procédure sont souples, les requêtes en communication de la preuve pourront être jugées rapidement, à condition que le mode d'instruction soit adapté à la requête en cause, et conforme à l'intérêt de la justice.

Si on veut que cette notion soit avantageuse, il faudra probablement que la décision sur la communication de la preuve jouisse, pour l'essentiel, de la même autorité que toute autre rendue par le juge du procès. Si ce n'est pas le cas, la procédure spéciale pourrait ne servir qu'à compliquer et à prolonger les différends, puisque les requêtes pourraient devoir être jugées à nouveau lors du procès. Les ordonnances de communication de la preuve prononcées de cette manière devront donc faire pleinement autorité, et le juge du procès ne devra avoir qu'un droit de révision limité.

Il pourrait aussi être indiqué de faire adopter des textes législatifs encourageant les parties à avoir recours sans retard à ce mécanisme de règlement des différends relatifs aux questions de communication de la preuve, plutôt que de simplement attendre la désignation du juge du procès. Par exemple, les modifications législatives pourraient exiger que le juge du procès appelé à statuer et à accorder des réparations sur une question de communication de la preuve tienne compte du fait que la partie intéressée avait eu auparavant la possibilité de faire valoir son recours dans le cadre d'une instance judiciaire spécialisée.

Si le règlement rapide des différends de cette manière peut comporter des avantages, il est possible de soutenir que le juge du procès est en meilleure position pour statuer sur les requêtes en communication de la preuve, car il peut tenir compte de l'ensemble du contexte de la cause. Il faut mettre en équilibre les avantages du règlement rapide de ces différends et les inconvénients éventuels de l'intervention d'un juge autre que celui du procès. Cependant, il faut garder à l'esprit que cette proposition pourrait accorder à ce dernier un droit de révision résiduel. En outre, il est peut-être facile de surestimer les avantages de la révision exercée par le juge du procès, en ce qui a trait aux requêtes en communication de la preuve : de par leur nature même, elles doivent être réglées préalablement au procès, et elles tendent à soulever des questions pour lesquelles il n'est pas forcément nécessaire d'avoir connaissance de l'ensemble du dossier. Mis à part l'aspect du règlement rapide du différend, on pourrait même soutenir qu'il serait justement avantageux de faire intervenir un autre juge que celui du procès : les parties pourraient, par exemple, être en mesure de présenter leurs arguments au sujet de la requête en communication de la preuve en faisant état du contexte intégral de la cause

---

118 C.C.C. (3d) 529 (C. Ont. (Div. gén.)). Cependant, ce type de procédure constitue l'exception, et l'on ne sait pas au juste dans quels cas elle convient.

sans craindre de mettre en péril leurs thèses au procès. (Des considérations semblables sont applicables dans le contexte des conférences préalables au procès, lorsqu'un juge autre que celui qui est désigné pour présider le procès est en mesure de se livrer à un dialogue franc avec les avocats.)

On ne veut pas dire par là qu'il serait forcément indiqué de faire régler tous les différends relatifs à la communication de la preuve au moyen d'une instance judiciaire spécialisée et rapide. Il est possible de soutenir que le juge, dans une instance judiciaire spécialisée, doit conserver un pouvoir discrétionnaire lui permettant de décider que c'est au juge du procès qu'il revient de statuer sur une question particulière. (Ce pouvoir s'ajouterait au droit de révision limité du juge du procès des décisions émanant de l'instance judiciaire spécialisée.) De surcroît, l'existence de l'instance judiciaire spécialisée n'aurait aucune incidence sur les autres instances spéciales déjà possibles, en droit, et elle ne constituerait pas une solution de rechange à celles-ci, notamment : les instances qui ont trait aux dossiers contenant des renseignements personnels régies par les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, ou qui concernent des renseignements au sujet desquels des avis sont donnés ou des oppositions sont faites en vertu des articles 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

La mise en oeuvre d'une instance judiciaire spécialisée en matière de communication de la preuve pourrait donner lieu à des difficultés techniques. Il peut être difficile et stérile d'isoler les modifications relatives à la procédure de règlement des différends en matière de communication de la preuve des autres phases de la procédure à suivre avant le procès. De nombreuses questions peuvent se poser à cet égard. Faut-il élargir le champ d'application des modifications procédurales proposées, et y inclure les phases de la procédure antérieure au procès autres que celle de la communication de la preuve? Comment rattacher cette procédure à la gestion de la cause et aux conférences préalables au procès? À quel palier de tribunal ces instances devraient-elles être entendues? Le même juge devrait-il en principe instruire les diverses requêtes qui peuvent être présentées dans le cadre d'une affaire pénale donnée? Les tiers pourraient-ils présenter des requêtes en communication de la preuve dans certains cas, eu égard au fait que les décisions judiciaires en la matière peuvent parfois toucher leurs intérêts? Les requêtes en communication de la preuve pourraient-elles faire l'objet d'appels interlocutoires?

Un autre défi que poserait la mise en œuvre de ces modifications procédurales pourrait être le suivant : comment tenir compte des différences régionales pour ce qui est des règles de cour? Les règles proposées en matière de communication de la preuve pourront poser des défis dans les petites communautés, les communautés rurales, ou du Nord, où les ressources judiciaires n'ont pas la souplesse nécessaire pour rendre facilement possible la désignation spéciale de juges pour ces questions. Il est donc possible que certains aspects de la proposition soient plus faciles à mettre en œuvre par le truchement des règles de cour locales qu'en apportant des modifications au *Code criminel*; on pourra ainsi prendre en compte les variations régionales que connaît la pratique. Le thème général de l'adoption éventuelle de nouvelles règles de cour ayant trait à la communication de la preuve fait l'objet de la proposition suivante du présent document de consultation.

**Questions**

1. Serait-il avantageux de suivre la voie de modifications prévoyant la mise sur pied d'une instance judiciaire spécialisée afin d'encourager le règlement rapide des questions de communication de la preuve?

2. À quel palier de tribunal ces instances devraient-elles être entendues?

3. Les multiples requêtes en communication de la preuve dans le cadre d'une affaire pénale donnée devraient-elles en principe être présentées au même juge?

4. Les modifications de ce genre devraient-elles être se limiter aux affaires de grande envergure et complexes?

5. Dans quels cas le juge du procès devrait-il avoir un pouvoir de révision concernant les décisions rendues dans le cadre d'instances judiciaires spécialisées antérieures au procès?

6. Faut-il aussi envisager la mise sur pied d'une instance judiciaire spécialisée pour des phases de la procédure antérieure au procès autres que celle de la communication de la preuve?

7. Certains aspects de cette proposition doivent-ils être réglés par le truchement des règles de cour locales afin de tenir compte des différences régionales en matière de pratique?

## UNE PROCÉDURE DE GESTION DE LA COMMUNICATION DE LA PREUVE DÉTAILLÉE

Le processus de communication de la preuve peut être long et comporter de nombreuses phases, surtout dans les affaires de grande envergure et complexes. Certains problèmes peuvent se manifester en raison du manque de règles claires portant sur la gestion de la communication de la preuve, notamment sur le rôle et les obligations des parties, sur les exigences précises de forme, les délais, et les autres questions procédurales.

### Mesure législative proposée

- **Une initiative de collaboration pourrait être lancée afin d'élaborer des règles de cour types détaillées qui porteraient sur les questions de gestion de la communication de la preuve. Les différents tribunaux jouiraient du pouvoir discrétionnaire d'adopter ces règles en vertu de l'article 482 du *Code criminel*. Certaines de ces règles types pourraient éventuellement être établies en tant que règles nationales uniformes en vertu du pouvoir conféré expressément par le paragraphe 482(5) du *Code criminel*.**

### Analyse

L'obligation de communication de la preuve imposée au ministère public et qui est garantie par la Constitution a rendu nécessaire la gestion d'une quantité considérable de renseignements au sein du système judiciaire. Un certain nombre de pratiques ont été élaborées au fil des ans pour faciliter le respect de cette obligation, mais il pourrait être avantageux d'essayer de préciser les pratiques ayant cours en matière de communication de la preuve par des règles structurées. C'est une approche que le juge Sopinka a proposée, en partie dans l'arrêt *Stinchcombe* :

> Pour ce qui est de [l'application des principes généraux qui régissent l'obligation du ministère public de communiquer sa preuve à la défense], il reste encore bien des points qui devront être réglés dans le contexte de situations concrètes. Il ne serait ni possible ni convenable de tenter d'établir des règles précises en l'espèce. Bien que les principes fondamentaux de la communication de la preuve s'appliquent dans tout le pays, les modalités de leur application pourront varier d'une province à l'autre, et même à l'intérieur d'une province, en raison de conditions et de pratiques locales particulières. Il serait donc utile qu'on se serve du pouvoir trop peu utilisé conféré par l'art. 482 du *Code criminel*, qui habilite les cours supérieures et les cours de juridiction criminelle à établir des règles, pour fournir des précisions concernant les aspects procéduraux de la communication de la preuve. [pp. 341 à 342]

L'article 482 du *Code criminel* confère aux différents tribunaux un large pouvoir, qui leur permet d'établir des règles applicables à toute poursuite, instance, action ou tout appel de leur compétence. Les règles établies en vertu de cet article sont publiées dans la *Gazette du Canada*. En vertu du paragraphe 482(5), le gouverneur en conseil peut prendre des dispositions pour assurer l'uniformité des règles, et toutes règles uniformes établies sous

l'autorité de cette disposition ont cours et sont exécutoires comme si elles étaient édictées par le *Code criminel*.

L'initiative proposée dans le présent document de consultation prendrait la forme d'un effort collectif d'experts sur le système judiciaire d'élaboration de règles de cour *types* traitant de façon détaillée de la communication de la preuve. Certaines de ces règles types pourraient éventuellement être établies comme règles nationales uniformes en vertu du paragraphe 482(5). D'autres pourraient servir de modèles généraux pour les règles de cour locales, et encourager les différents tribunaux à élaborer des règles semblables, tout en donnant la possibilité d'adopter des variantes, selon le tribunal.

Cependant, il est impossible d'affirmer avec certitude que l'élaboration de telles règles détaillées encadrant la gestion du processus de communication de la preuve constituerait une politique avantageuse. À l'heure actuelle, dans de nombreux ressorts, la procédure de gestion de la communication de la preuve est déjà encadrée par des lignes directrices, des protocoles et des manuels de meilleures pratiques. Il se peut que des règles officielles et détaillées ne soient pas nécessaires afin de clarifier davantage les choses. En effet, il est possible que des règles de ce genre ne soient pas suffisamment souples pour qu'il soit possible de faire face aux circonstances et aux genres de pièces variés dans les différents cas, et qu'elles deviennent même une source supplémentaire de différends et de retards, dans la mesure où les parties contesteront en justice les règles et les exceptions dont elles seront assorties.

Ces considérations sont valables; néanmoins, il peut y avoir des domaines en matière de gestion de la communication de la preuve pour lesquels des règles pourraient être avantageuses. Avec un effort collectif, il serait possible de cerner ces domaines et d'élaborer des règles types permettant de régler les problèmes qui s'y posent.

**Questions**

1. Serait-il avantageux de lancer une initiative d'élaboration de règles types détaillées encadrant la gestion de la communication de la preuve, afin d'encourager l'adoption de règles de ce genre en vertu de l'article 482 du *Code criminel*?

2. Dans l'affirmative, sur quels domaines de la gestion de la communication de la preuve les règles devraient-elles porter?

3. Dans le cadre d'une initiative de ce genre, devrait-on envisager l'élaboration de règles uniformes en vertu du paragraphe 482(5) du *Code criminel*?

## L'UTILISATION ABUSIVE DES PIÈCES COMMUNIQUÉES : QUE FAIRE?

Au cours des dernières années, il s'est produit des cas troublants d'utilisation abusive de pièces communiquées à la défense. On entend notamment par là l'utilisation de ces pièces afin de faciliter les agissements criminels, par exemple le harcèlement et l'intimidation de témoins. On entend aussi les cas où sont révélés des renseignements confidentiels sensibles concernant des particuliers, des victimes d'actes criminels et des tiers inclusivement.

### Mesure législative proposée

➢ **Il pourrait être apporté des modifications au *Code criminel* par lesquelles :**

- **il serait imposé à toutes les personnes qui se font communiquer des renseignements – aux tiers également – l'obligation de ne pas les utiliser à mauvais escient ou à des fins accessoires;**
- **on conférerait explicitement au tribunal le pouvoir de prononcer les ordonnances relatives à la communication de pièces qu'il estime justifiées, que les pièces soient entre les mains de l'avocat, de l'accusé, ou de tiers : l'ordonnance pourrait être prononcée dans l'intérêt de la justice ou pour protéger la vie privée des personnes touchées par l'instance, mais sous réserve du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière;**
- **serait créée une infraction ciblant l'utilisation abusive des pièces communiquées : cette infraction pourrait viser l'utilisation à mauvais escient de pièces de ce genre dans le but de faciliter la perpétration d'une infraction pénale, ainsi que leur utilisation dans l'intention de porter atteinte à la vie privée de quiconque.**

### Analyse

Les pièces communiquées peuvent comprendre des renseignements extrêmement délicats, touchant l'intérêt public dans la lutte contre la criminalité, ainsi que le droit à la vie privée des particuliers, notamment des victimes et des tiers. Si, au Canada, la justice pénale est un processus public, ceci ne signifie pas que toute la documentation qui a été produite par les parties doit être librement distribuée au grand public. Plus précisément, il ne serait pas indiqué de verser au domaine public les pièces communiquées. Comme il a été précisé dans le rapport Martin, « [TRADUCTION] il est répréhensible pour l'avocat de rendre publics les renseignements qui lui ont été communiqués. L'avocat qui agit ainsi manque aux obligations qui découlent de son statut d'officier de justice[4] ». En outre, si l'accusé a le droit de présenter une défense pleine et entière, garanti par la Constitution,

---

[4] Le rapport Martin, recommandation 34, p. 179, cité avec approbation dans, par exemple, *R.* c. *Lucas* (1996), 104 C.C.C. (3d) 550 (C.A. Sask.), confirmée par la Cour suprême du Canada sans commentaire sur cette question, [1998] 1 R.C.S. 439.

et donc de se faire communiquer les pièces à charge, ceci ne veut pas dire que la communication entre avocat et accusé peut se faire sans restrictions. Le rapport Martin contient des recommandations sur les restrictions qui devraient être applicables à l'utilisation des pièces à cet égard; on y affirme notamment que « [TRADUCTION] l'avocat de la défense doit conserver la garde ou le contrôle des pièces communiquées, de sorte que des copies n'en soient pas indûment diffusées » (p. 179).

Néanmoins, il arrive qu'il y ait utilisation abusive de pièces communiquées dans certains cas. Des tiers ont été surpris en possession de pièces de ce genre, éventuellement dans l'intention de rassembler des renseignements qui auraient pu aboutir à des agissements contraires à l'intérêt de la justice, par exemple au harcèlement ou à la menace de témoins. De manière plus générale, les renseignements communiqués ont parfois été versés dans le domaine public, qu'ils aient été en possession de personnes n'ayant rien à voir avec l'instance, affichés anonymement dans des endroits publics, ou affichés sur Internet. Faire ainsi circuler des pièces peut constituer une atteinte à la vie privée des victimes, des témoins, et des tiers.

Avec des modifications législatives portant sur l'utilisation des pièces communiquées, il sera peut-être possible d'établir des règles plus fermes et d'en décourager l'utilisation à mauvais escient. En l'occurrence, les modifications proposées porteraient surtout sur les précisions à apporter aux obligations relatives aux pièces communiquées, et sur les pouvoirs de sanction du tribunal. Il faut signaler qu'il est déjà courant, dans certains cas, de voir les parties se faire demander et prendre des engagements et conditions, qui font parfois l'objet d'ordonnances judiciaires, concernant la communication des pièces. Cependant, la chose n'est pas systématique, et des difficultés peuvent se produire si la défense refuse de se soumettre à des engagements, car d'aucuns pourraient soutenir que ce refus ne peut nuire au droit fondamental de l'accusé de se faire communiquer la preuve. Il pourrait être préférable de régler ces questions par le truchement de règles législatives qui, sans nuire à l'obligation de communiquer la preuve, imposeraient automatiquement des obligations juridiques d'utilisation à bon escient de pièces communiquées. Cette approche pourrait être semblable à la règle de l'engagement implicite applicable aux renseignements obtenus au cours de la communication préalable dans les instances civiles, selon laquelle ces obligations sont réputées accompagner la transmission des renseignements. En l'occurrence, les dispositions qui sont proposées pourraient être aussi assorties de dispositions précisant le pouvoir des tribunaux de sanctionner ces obligations.

Certains pourraient estimer qu'une codification de ce genre ne ferait rien de plus que de réitérer des obligations et des pouvoirs qui pourraient ou devraient être déjà reconnus en droit; néanmoins, elle pourrait contribuer à préciser et à élargir la portée de ces obligations et de ces pouvoirs. Une codification semblable a déjà été effectuée en matière civile dans certains ressorts. Par exemple, selon les *Règles de procédure civile* de l'Ontario : « Toutes les parties et leurs avocats sont réputés s'engager à ne pas utiliser les éléments de preuve ou les renseignements auxquels la présente Règle s'applique à des fins autres que celles de l'instance au cours de laquelle les éléments de preuve ont été obtenus » (Règle 30.1.01(3)).

Des modifications législatives pourraient aussi énoncer, de manière plus détaillée, d'autres obligations applicables aux pièces communiquées, comme les obligations concernant la supervision exercée par l'avocat sur l'accusé qui consulte les pièces, et le bon stockage et la destruction de celles-ci. De plus, ces modifications pourraient également prévoir conférer au tribunal le pouvoir de prononcer une ordonnance de modification des règles habituelles lorsque l'intérêt de la justice ou l'intérêt public l'exigerait.

De même, cette proposition pourrait être assortie d'une infraction ciblant l'utilisation abusive de pièces communiquées[5]. Cette infraction pourrait être définie de sorte qu'elle vise l'utilisation des pièces de ce genre en vue de faciliter la perpétration d'une infraction pénale. Si cette définition peut éventuellement sembler faire double emploi avec les infractions de base qui pourraient donner lieu à des accusations, on pourrait ainsi reconnaître que l'utilisation de pièces communiquées constitue un tort distinct – et qu'il serait donc indiqué qu'elle fasse l'objet d'une infraction distincte supplémentaire.

L'infraction en matière de communication de la preuve pourrait aussi être définie de telle sorte qu'elle s'applique à l'utilisation des pièces communiquées dans l'intention de porter atteinte à la vie privée d'une personne. Par cet aspect de l'infraction, il pourrait être reconnu que les pièces communiquées peuvent contenir des renseignements confidentiels délicats, notamment des renseignements concernant les victimes et les tiers. Même si des renseignements de ce genre ne sont pas utilisés de manière abusive pour perpétrer d'autres infractions prévues au *Code criminel*, les atteintes à la vie privée d'autrui constituent, en elles-mêmes, des torts graves, qui pourraient être visées par ces dispositions.

Si des dispositions de ce genre visant l'utilisation abusive de pièces communiquées devaient être adoptées, il serait nécessaire de se demander s'il faudrait les assortir

---

[5] Le gouvernement fédéral avait auparavant tenté de régler le problème de l'utilisation abusive de pièces divulguées par le projet de loi C-42 (1994), dans lequel était proposé l'article 604 (nouveau) du *Code criminel*, lequel créait l'infraction de la publication de matériel transmis. En voici le texte :

> **604.** (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), ni le prévenu, ni son avocat ni quelque autre personne mandatée par l'un ou l'autre ne peut publier le matériel transmis par la poursuite afin de permettre au prévenu de présenter une défense pleine et entière.
> (2) Un juge du tribunal peut, lorsque la défense fait valoir des motifs raisonnables, ordonner la publication du matériel visé au paragraphe (1) et fixer les conditions de cette publication.
> (3) Le présent article ne porte pas atteinte au droit de publier du matériel autrement accessible au public.
> (4) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque contrevient au présent article.

Cependant, cette modification législative a été rejetée par le Comité sénatorial qui avait étudié le projet de loi. Un des motifs pour lesquels cette modification a été mise en question au cours de l'étude en comité fut qu'elle créait une infraction qui ciblait, en partie, les avocats pénalistes spécialisés en défense. De plus, le concept de « publier » n'a pas été jugé clair. Cependant, on peut penser qu'une disposition prévoyant une infraction, comme celle proposée dans le présent document de consultation, pourrait être formulée de manière stricte et bien ciblée, et répondrait à ces objections.

d'exceptions et de moyens de défense spécifiques. Plus précisément, ces infractions et, le cas échéant, ces exceptions et les moyens de défense précisés, devront être formulés de manière convenable et méticuleuse : il s'agit de préserver le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. On pourrait aussi songer à protéger les personnes qui utilisent les pièces de bonne foi, dans l'intérêt public, et non pas seulement l'accusé dans l'exercice de son droit à une défense pleine et entière.

**Questions**

1. Serait-il avantageux de promulguer des dispositions législatives portant sur les obligations des personnes qui se font communiquer des pièces, et sur le pouvoir des tribunaux de rendre des ordonnances au sujet de ces pièces? Dans l'affirmative, comment formuler ces obligations?

2. Des modifications législatives de la sorte devraient-elles inclure une infraction d'utilisation abusive de pièces communiquées et, dans l'affirmative, quelle devrait être sa portée?

3. Devrait-on prévoir des règles concernant l'utilisation de pièces communiquées qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer le respect du droit de l'accusé à une défense pleine et entière dans des causes particulières, par exemple, concernant un usage fait dans l'intérêt public?

## AUTRES IDÉES DE RÉFORME LÉGISLATIVE

Dans le présent document, l'analyse porte surtout sur les cinq propositions annoncées le 27 février 2004. Cependant, il est possible que des idées supplémentaires de réformes possibles en matière de communication de la preuve soient dignes d'attention, que ce soit dans le cadre de l'initiative de réforme actuelle ou dans celle de politiques législatives à venir. Aussi, outre vos observations sur les propositions analysées dans le présent document de consultation, le ministère de la Justice du Canada sera heureux de recevoir d'autres propositions de réforme du droit en matière de communication de la preuve dans les affaires pénales.